(Separat-Abdruck aus der von Prof. Grünhut herausgegebenen Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart. XIV. Band.)

Die Lehre von der Stellvertretung nach römischem Rechte

mit Berücksichtigung des österreichischen Rechtes.

Von Dr. Ludwig Mitteis, Privatdocent des röm. Rechts an der Universität Wien. Wien 1885 (VIII und 311 S.). Alfred Hölder, k. k. Hof- und Universitäts-Buchhändler.

Vom Besitz des Sequesters.

Nach dem römischen Recht zur Zeit der classischen Jurisprudenz.

Von Dr. Julius Voigt. Freiburg in B. 1885 (68 S.). Akademische Verlagsbuchhandlung von J. C. B. Mohr.

Der Schenkungswiderruf, insbesondere seine Vererblichkeit.

Ein Beitrag zur Abfassung des deutschen bürgerlichen Gesetzbuches.

Von Dr. Pollack, Landrichter in Cöslin. Berlin 1886 (XV und 220 S.). Franz Siemenroth.

Besprochen

von

Prof. Dr. ZOLL

in Krakau.

WIEN, 1886.

ALFRED HÖLDER,

K. K. HOF- UND UNIVERSITÄTS-BUCHHÄNDLER.

ROTHENTHURMSTRASSE 15.

Die Lehre von der Stellvertretung nach römischem Rechte

mit Berücksichtigung des österreichischen Rechtes.

Von Dr. Ludwig Mitteis, Privatdocent des röm. Rechts an der Universität Wien. Wien 1885 (VIII und 311 S.). Alfred Hölder, k. k. Hof- und Universitäts-Buchhändler.

Die Lehre von der Stellvertretung wurde in neuerer Zeit eingehend untersucht, und doch dürfte ihr heutiger Zustand Niemanden befriedigen. „Verschiedene einander widersprechende Auffassungen über die Principien, wirr durcheinander laufende Entscheidungen über die Einzelheiten, dazu Divergenzen über die Bedeutung des einschlägigen Quellenmateriales“ — in diesen Worten gibt uns der Verf. ein getreues Bild der heutigen bezüglichen Literatur, und man braucht nur die zwei neueren Werke von Schlossmann (Besitzerwerb durch Dritte) und Hellmann (Stellvertretung in Rechtsgeschäften) zu vergleichen, um einzusehen, wie weit wir von einem befriedigenden Abschluss in dieser Lehre entfernt sind. Verf. will nun behufs Erlangung dieses letzteren das Seinige beitragen und war vor Allem bemüht, sich „über die juristische Natur der Stellvertretung Klarheit zu verschaffen“. Da ihm aber keine von den bisher darüber geltenden Theorien zusagte, versuchte er es, eine neue Construction der Stellvertretung aufzustellen.

Zuerst hat er jedoch das wissenschaftliche Gebiet seiner Forschungen genau abgegrenzt und seine Arbeit im I. Buche mit einer Besprechung der Stellvertretung im römischen Rechte begonnen. Die Erklärungsversuche für das Princip der Unzulässigkeit directer Stell-

vertretung in diesem Recht von Mühlenbruch, Unger, Laband und Schlossmann findet er nicht befriedigend, jene von Ihering und Schultze ungenügend und meint, dieses Rechtsinstitut lasse sich aus einem einzigen Princip nicht ableiten, am allerwenigsten „auf eine abstracte Idee, auf einen tieferen Gedanken, einen inneren Charakterzug des römischen Rechtes“ zurückführen. „Niemals — sagt er — wird man eine concrete historische Erscheinung herleiten können aus abstracten Principien des Rechtes“, und zwar deshalb, „weil diese Principien sich erst selbst historisch entwickelt haben, weil sie nicht waren, ehe jene war.“ Allerdings trifft das oft zu, aber auch dann erscheinen jene Principien in den historischen Erscheinungen verwirklicht. Andererseits wird der Verf. nicht leugnen wollen, dass Principien, welche dem Inneren des Volkswillens entsprechen, schliesslich zum Durchbruche gelangen und sich durch historische Erscheinungen offenbaren. Mag nun das Princip schon vor der historischen Erscheinung in der Volksüberzeugung entstanden sein oder sich mit dieser Erscheinung erst entwickelt haben, in jedem Falle ist es Aufgabe der Wissenschaft, ihm nachzuforschen, und wenn der Verf. im weiteren Verlaufe (§. 2) den Grund der Unzulässigkeit directer Stellvertretung im römischen Rechte in dem strengen Formalismus des altrömischen Rechtes zu finden vermeint, wenn er insbesondere den Nachweis zu führen versucht, „dass dem Geiste jener alten Formen Stellvertretung nicht Genüge thun konnte“, indem es eben „die Form der Eingehung der Rechtsgeschäfte war, welche der Ausbildung des Stellvertretungsinstitutes im Wege stand“, so weist er uns ebenfalls innere Charakterzüge des römischen Rechtes auf, aus denen jene Unzulässigkeit erklärt, mit anderen Worten, aus denen sie hergeleitet werden soll.

In späterer Zeit waren es die institorische und exercitorische Klage, welche das Bedürfniss des Verkehres nach Stellvertretung befriedigten. Nach der Ansicht des Verf. bestanden „die materiellen Voraussetzungen der genannten Klagen in wahrer Stellvertretung“, da sie nur dann angestellt werden konnten, wenn im Namen des Präponenten gehandelt wurde, aber ihr Vorhandensein liefert zugleich ein historisches Zeugniss „allerersten Ranges für die Unzulässigkeit freier Stellvertretung im classischen Rechte“. Hellmann hat bekanntlich für das civile Recht ein anderes Princip aufgestellt, daher unternimmt es der Verf., das bezügliche Quellenmaterial im §. 4 einer nochmaligen Prüfung zu unterziehen und Hellmann's Argumente zu widerlegen. Im §. 5 bekämpft er Schlossmann, welcher nicht einmal im Besitzerwerb, mit Ausnahme des von ihm ganz eigenthümlich aufgefassten *procurator omnium bonorum*, Stellvertretung zulassen will. Nachdem Verf. hierauf im §. 7 die Erscheinungen von Stellvertretung im prätorischen Rechte besprochen hat, resumirt er seine Ausführungen bezüglich des römischen Rechtes in folgenden Sätzen: „1. Im Civilrecht ist regelmässig Selbsthandeln erforderlich. 2. Ausnahmsweise ist jedoch Stellvertretung im Erwerb und Verlust von Besitz und Eigenthum,

sowie bei Obligationen aus Hingabe zulässig. 3. Das prätorische Recht lässt Stellvertretung zumeist zu; nur stellenweise ist auch hier der civilrechtliche Grundsatz ein Hinderniss der Anerkennung derselben" (S. 77). Dieses Resultat stimmt mit der herrschenden Lehre ziemlich überein, nur ist es ein Verdienst des Verf.'s, den Gegensatz zwischen dem prätorischen Recht und dem *ius civile* in dieser Frage schärfer, als es bisher geschehen, hervorgehoben zu haben. Warum er aber das ganze, zur Begründung der Zulassung der Stellvertretung im prätorischen Recht erforderliche Quellenmaterial getheilt und die Quellenaussprüche, welche die zwei erwähnten adjecticischen Klagen, sowie den Besitzerwerb durch Stellvertreter betreffen, jenen, welche die Erscheinungen von Stellvertretung im prätorischen Recht (§. 7) bezeugen sollen, gegenübergestellt hat, ist nicht recht einzusehen. Zwar haben jene zwei Klagen den Kreis der bezüglichen civilen Klagen erweitert, doch sind sie im Verhältniss zu letzteren immerhin reine Zusatzklagen, die als solche ihren Ursprung nur dem prätorischen Edict verdanken. Der Verf. hat denn auch im §. 7 die Präposition eines Institors als wahres, stellvertretendes Rechtsgeschäft des prätorischen Rechtes angeführt. Andererseits haben auch diese Klagen den Grundsatz der Stellvertretung insofern nicht vollkommen zur Geltung gebracht, als der *institor*, beziehungsweise *magister navis* principiell mitverhaftet war und die eigentliche civile Klage gegen sie gerichtet blieb. Was weiter den Besitz anbelangt, so ist diesem auch nur durch das prätorische Edict der Charakter eines Rechtsinstitutes aufgeprägt worden.

Die unzweckmässige Vertheilung des vom Verf. benützten Quellenmateriales dürfte es auch mit sich gebracht haben, dass, während er im §. 3 die zwei adjecticischen Klagen als ein Zeugniss „allerersten Ranges für die Unzulässigkeit freier Stellvertretung im classischen Recht" anführt (S. 32), er weiter im §. 5 dennoch behauptet, dass die Stellvertretung „nach classischem Rechte vollkommen zulässig war in der formlosen Veräusserung oder Erwerbung dinglicher Rechte durch Tradition, Specification, Occupation u. s. f." (S. 51).

Uebrigens wollen wir uns beim römischen Recht nicht länger aufhalten, da es dem Verf. nicht um dieses, sondern hauptsächlich um das heutige Recht der Stellvertretung ging, welches im II. Buche dargestellt erscheint.

Im ersten Capitel wendet er sich der Construction dieses Institutes zu und bespricht die drei bisher darüber aufgestellten Theorien, und zwar: 1. Die Theorie von Puchta, Vaugeron u. A., die sich auf das Gebiet der obligatorisc Verhenträge beschränkt und davon ausgeht, dass jede Obligation principiell in der Person des Handelnden, also des Stellvertreters entsteht, dass daher dieser zunächst aus dem obligatorischen Vertrage berechtigt und verpflichtet wird, sich aber nach neuerem Recht durch *exceptio doli* seiner Verpflichtung entziehen kann, wenn er einen Principal hinter sich hat, sowie in diesem Fall

auch die *exceptio doli* seiner eigenen Vertragsklage entgegensteht; 2. die Theorie Savigny's, welche den Vertretenen für den juristisch allein Handelnden ansieht, dem Stellvertreter die Rolle eines blossen Willensorganes zuweist und daher consequenterweise zwischen einem Boten und dem eigentlichen Stellvertreter keinen Unterschied annimmt; 3. die sogenannte Repräsentationstheorie (Buchka und die meisten Neueren), welche den Stellvertreter als den juristisch allein Handelnden bezeichnet, die Rechtswirkung dieses Handelns aber direct auf den *dominus* überträgt. Die Willenserklärung des Vertreters wird hier rechtlich als Willenserklärung des Vertretenen gedacht, jener als Repräsentant dieses letzteren angesehen und von ihm der Bote, der blos als Organ fremden Willens auftritt, streng unterschieden.

Gegen alle diese Theorien erhebt Verf. den Vorwurf, dass keine „im Stande ist, ihre Resultate so intensiv und consequent aus sich heraus zu begründen, dass sie im Stande wäre, jede gegentheilige Meinung hinwegzuraisonniren; ja, wollte eine derselben mit ihrer Construction völlig Ernst machen, so würde sie zunächst selbst zu unhaltbaren Resultaten kommen“ (S. 81). Der Hauptfehler, meint Verf. weiter, sei dabei der, dass man „auf Grund abstracter Begriffe eine Construction aufzustellen und in dieser die Entscheidung einzelner Fälle zu suchen“ bestrebt war, während der umgekehrte Weg der richtige gewesen wäre. An fünf Problemen versucht er es nun, den Werth dieser Theorien zu prüfen, und zwar formulirt er diese Probleme in nachstehenden Fragen: I. „Ist es möglich — oder ist es nicht möglich — oder ist es nur theilweise möglich und dann in wieweit ist es möglich, dass die Wirkungen eines Rechtsgeschäftes von der Person des Handelnden losgetrennt werden und in einer fremden Person zur Entstehung kommen?“ II. „Nach wessen Person ist die Handlungsfähigkeit, nach wessen Person eine etwa für gewisse Classen von Personen vorgeschriebene Form des Rechtsgeschäftes zu beurtheilen?“ III. Nach wessen Person ist die Wirkung des Rechtsgeschäftes zu beurtheilen, „insbesondere wessen Irrthum, *bona* und *mala fides*, *culpa* und *dolus* ist für dasselbe massgebend? . . . nach welchem Recht ist ferner ein Rechtsgeschäft zu beurtheilen, falls die Vornahme desselben durch den Stellvertreter örtlich und zeitlich unter der Herrschaft anderer Rechtssätze erfolgte, als welche am Ort und zur Zeit der Vollmacht oder Ratihabition in Geltung stehen?“ IV. „Nach wessen Person ist die Rechtsfähigkeit hinsichtlich des zu erwerbenden Rechtes festzustellen?“ V. Wie kommt es, dass bei der stellvertretenden *negotiorum gestio* „der *tertius*, der mit dem stellvertretenden *negotiorum gestor* contrahirt, mittlerweile an den Vertrag gebunden bleibt, da doch der Stellvertreter kein eigenes Interesse an dem Zustandekommen des Vertrages mit dem *dominus* hat, und, wenn er dasselbe auch hätte, dieses Interesse doch höchstens zu einer Schadenersatzklage des *gestor* gegen *tertius*, nimmermehr aber zu einer directen Berechtigung des *dominus* führen könnte?“ (S. 82—84).

An diesen fünf Problemen war Verf. bestrebt, die Unhaltbarkeit der früher erwähnten drei Stellvertretungstheorien nachzuweisen, und es blieb ihm zu einer neuen Construction noch die einzig mögliche Auffassung übrig, „die vorhandene juristische Handlung zwischen dem Vertreter und dem Vertretenen zu vertheilen und das Rechtsgeschäft durch ihr Zusammenwirken entstehen zu lassen, mit anderen Worten, anzunehmen, dass nicht der Stellvertreter allein und nicht der Vertretene allein und ausschliesslich juristisch handelt, sondern, dass stets sie beide wahrhaft juristisch handeln und beide Erzeuger des Rechtsgeschäftes sind.“ Dabei macht es keinen Unterschied, „ob der Stellvertreter sich nach aussen als selbstwollend und selbsthandelnd manifestirt hat, oder ob er nach aussen nur als Verkünder eines bestimmten präcisen Willens seines Principals (d. i. als Bote) aufgetreten ist“ (S. 110). Zwar gibt Verf. gleich wieder zu, dass „in gewisser Hinsicht allerdings das äussere Auftreten des Vertreters für die Beurtheilung des Rechtsgeschäftes in massgebender Weise wirke;“ aber er betrachtet dies blos als „eine theilweise Modification, nicht als eine vollständige Ausschliessung des früher angeführten Grundsatzes, ja er rechnet es der Repräsentationstheorie sogar als principiellen und grössten Fehler an, dass sie dies verkannt und zwischen einem Boten und einem eigentlichen Stellvertreter streng unterschieden hat (S. 111).

Wir dagegen würden diesen Vorwurf gegen den Verf. kehren und die principielle Gleichstellung des Boten mit dem Stellvertreter als die schwächste Seite seiner Construction betrachten. Er gibt ja selbst zu, dass es eine ganze Reihe von Theilungsmöglichkeiten gibt, „deren Endpunkte auf der einen Seite ein vollkommen präcisirter und unbedingter Wille des Vertretenen mit (concreter) Willenslosigkeit des Vertreters, auf der anderen Seite ein vollkommen präcisirter und unbedingter Wille des Vertreters mit (concreter) Willenslosigkeit des Principals darstellt“ (S. 112). Da jedoch diese Annahme zu seiner Theorie nicht recht passt, behauptet er, dass in beiden Fällen trotz Willenslosigkeit doch ein Wille existire, und zwar im ersten Falle beim Vertreter der Wille, die Erklärung zu beschaffen, im zweiten beim Vertretenen der Wille, dass für ihn Rechtsveränderungen eintreten sollen.

Was nun den ersten Fall anbetrifft, so meint Verf. weiter, dass, insofern der Vertreter „zwar nicht den I n h a l t, wohl aber die E x i s t e n z des Rechtsgeschäftes (mit) beschlossen hat, auch seine Thätigkeit eine rechtsgeschäftliche sei“ (S. 112, Anm. 122). Aber eine ganz ähnliche Thätigkeit kommt ja auch bei dem, einen Brief, beziehungsweise ein Telegramm expedirenden Beamten, sowie bei dem einen Brief dem Adressaten zustellenden Postboten vor. Auch sie haben den Willen, die im Brief, beziehungsweise Telegramm enthaltene Erklärung dem Adressaten zu beschaffen und, wenn eingewendet werden sollte, dass sie nicht wissen können, was der Brief enthalte, so trifft das nicht immer zu, da der Inhalt unversiegelter Briefe oder von Correspondenzkarten klar aufliegt, sowie der Inhalt des Telegrammes dem es auf-

nehmenden Beamten auch genau bekannt ist. Andererseits wird ein Bedienter, der mir einen Brief von seinem Herrn mit einer Offerte gebracht hat und durch den ich diesem Herrn das Wort „ja" oder „nein" vermelden lasse, wohl auch nicht wissen, was diese Erklärung bedeuten soll, er wird die Vermittlung des Rechtsgeschäftes ohne „Bewusstsein der Bedeutung desselben besorgen" (S. 161). Deshalb ist es unrichtig, wenn Verf. an einer anderen Stelle (S. 175) behauptet, „der Bote müsse das Bewusstsein haben, dass es sich um ein Rechtsgeschäft handelt und er dieses vermitteln will, oder, dass er insofern auch „bewusster Mitschöpfer des Rechtsgeschäftes ist, und daher einen wahren rechtsgeschäftlichen Willen hat" (S. 131). Wenn aber der blosse Wille, eine aufgetragene Erklärung an irgend Jemanden abzugeben, dem Betreffenden schon den Charakter eines Stellvertreters verschaffen sollte, dann müssten die Post- und Telegraphenbeamten, ferner die Postboten u. dergl. ebenfalls den Stellvertretern beizuzählen sein.

Aber auch im zweiten Falle trifft die Voraussetzung des Verf. nicht immer zu; denn kann man von einem, vom Vormunde, beziehungsweise Curator, vertretenen neugeborenen Kinde oder einem Wahnsinnigen oder einer Stiftung behaupten, sie hätten den Willen, dass für sie Rechtsveränderungen eintreten sollen? Der Nothbehelf des Verf. mit dem „Eingriff des Gesetzes, Ertheilung des Amtes u. s. f." (S. 184) ist hier insofern nicht am Platze, als es im Wesen seiner Construction liegt, dass ein Wille, beziehungsweise eine Handlung, auf Seite des Vertretenen vorhanden sei, welche zusammen mit der Handlung des Vertreters erst das Rechtsgeschäft schafft.

Die weiteren Bemerkungen des Verf. gegen Zimmermann (S. 114 fg.), die sich an diesen Gegenstand streng anschliessen, beweisen nur so viel, dass es nicht nothwendig ist, damit dieselbe Person, welche einen Willen gefasst hat, diesen auch einem Dritten gegenüber selbst äussern müsste. Ob sie z. B. auf eine vom Dritten gestellte briefliche Anfrage, diesem die in bestimmten Worten genau formulirte Antwort brieflich zusendet, oder durch Benützung des Telegraphendrahtes, beziehungsweise Inanspruchnahme der bezüglichen Thätigkeit der betreffenden Beamten erklärt, oder durch ihren Bedienten oder irgend einen Boten mündlich sagen lässt, ist unseres Erachtens ganz einerlei und man kann in keinem von diesen Fällen von einer Theilung des auf Errichtung eines Rechtsgeschäftes gerichteten Willens sprechen. Deshalb erscheint auch in den römischen Rechtsquellen die Thätigkeit des Boten *(nuntius)* auf eine Linie mit dem Absenden eines Briefes gestellt und ganz richtig der Handlung desjenigen, der ein Rechtsgeschäft für einen Anderen vornimmt, entgegengesetzt *(l. 18 D. de spons. 23. 1, l. 37 D. ad Sc. Treb. 36. 1)*. Auch kann bei dieser Unterscheidung die vom Verf. gestellte Frage, wie es komme, dass das römische Recht den Boten anerkannt habe, während es Stellvertretung principiell nicht zulassen wollte (S. 134), gar nicht auftauchen. Freilich entgegnet uns der Verf. darauf, dass, wenn der Wille des Boten ganz und gar nicht zu berücksichtigen wäre, „sein

dolus, seine *mala fides*, seine *scientia* jeder rechtlichen Cynosur entzogen" sein würde und dass es „im Belieben des Stellvertreters stünde, seine Willensmängel dadurch unschädlich zu machen, dass er als Bote auftritt" (S. 118). Dagegen müssen wir bemerken, dass der Bote nur so lange, als er den ihm ertheilten Auftrag buchstäblich erfüllt, den Charakter eines Boten behält und daher auch nur so lange von keinem Willen, der hier von Belang wäre, und von keiner Verantwortlichkeit seinerseits gesprochen werden kann. Der Verf. sagt ja selbst, dass, wenn bei Abschliessung eines Vertrages „der specialbeauftragte Stellvertreter nach aussen hin nicht selbstbeschliessend, sondern als Bote aufgetreten ist, dann eine Haftung für *dolus* oder *culpa* des Boten nie eintreten kann. Ja, *dolus* und *culpa* des Boten in diesem engeren Sinne sind sogar überhaupt undenkbar, denn der nicht beschliessende Bote hat sich um den Inhalt des Vertrages überhaupt nicht zu kümmern" (S. 291). Geht aber der Bote anders vor, so „tritt er ohne Auftrag auf, ist eben kein wahrer Bote mehr, sondern ein als solcher verkappter, wollender Stellvertreter" (S. 136) und es hängt dann von den Umständen eines jeden einzelnen Falles ab, wie derselbe zu beurtheilen sein wird. Wenn z. B. der Banquier, bei dem ich meine Actien deponirt habe, mich brieflich frägt, ob bei einer zufällig eingetretenen glücklichen Conjectur ich dieselben verkaufen wolle und ich ihm hierauf durch meinem Boten das Wort „nein" sagen lasse, dieser aber statt dessen das Wort „ja" ausspricht und der Banquier die Actien verkauft, dann wird Niemand zweifeln, dass schon im Hinblick auf die *bona fides* der betheiligten dritten Personen der Verkauf der Actien als giltig angesehen und der Verkäufer von aller Verantwortung gegenüber seinem Mandanten befreit sein muss. Aber der Bote hörte hier auf, reines Willensorgan seines Absenders zu sein und kann daher als Bote nicht mehr behandelt werden. Er fasste ja einen neuen Willen, den er fälschlich als den Willen seines Absenders ausgab und dessen Folgen er gegenüber diesem vertreten muss.

Im §. 34 (S. 277) bespricht Verf. den Einfluss von Zwang und Betrug, welche an dem Stellvertreter verübt werden und meint ganz richtig, dass, nachdem durch sie der Causalnexus zwischen Erklärung und Willen abgerissen wird, das Rechtsgeschäft anfechtbar erscheint. Aber er will das Gesagte beim Boten auch dann gelten lassen, wenn die durch Zwang oder Betrug entlockte Erklärung dem speciellen Auftrag des *dominus* entspricht. Mit dieser letzteren Auffassung, welche Verf. damit motivirt, dass der Bote „seine Erklärung ohne diese Rechtswidrigkeit nicht abgegeben haben würde", können wir uns nicht einverstanden erklären. Zwar dürfte *in praxi* ein derartiger Fall kaum vorkommen, denn will der Bote seine Pflicht erfüllen und die ihm aufgetragene Erklärung abgeben, so wird er sich dieselbe nicht erst zwangs- oder betrügerischerweise entlocken lassen. Wenn aber der Fall so geartet wäre, dass der Bote, wie in dem oben besprochenen Falle, eine andere und nicht die ihm aufgetragene Erklärung abgeben wollte, indessen unter Einfluss des Zwanges oder Betruges dennoch die rich-

tige Erklärung abgegeben hat, dann kämen wir bei Aufrechthaltung der Ansicht des Verf. zu dem unerquicklichen Resultate, das Rechtsgeschäft, trotzdem sein Inhalt dem Willen des Auftraggebers vollkommen entspricht, als anfechtbar zu erklären und es dagegen im Hinblick auf dritte dabei betheiligte Personen dann aufrecht zu erhalten, wenn der treulose Bote seine Absicht ausgeführt und eine Erklärung, die dem Willen des Auftraggebers gar nicht entspricht, abgegeben hat, weil er daran durch Zwang oder Betrug nicht verhindert war.

Das bisher Gesagte dürfte genügen, um darzuthun, dass der Verf. mit der, wenngleich nur principiellen Gleichstellung des Boten mit dem eigentlichen Stellvertreter keinen glücklichen Griff gethan hat und dass es selbst im Interesse seiner Theorie besser gewesen wäre, den Boten, insofern er nur diesen Charakter an sich trägt, als reines Willensorgan des Auftraggebers zu behandeln und seinen Willen als einen rechtsgeschäftlichen gar nicht anzusehen. Muss ja Verf. bei Durchführung seiner Theorie den Unterschied zwischen Boten und eigentlichem Stellvertreter dennoch festhalten (vgl. z. B. §. 14 und das ganze 11. Capitel) und nennt ihn selbst an einer Stelle ein „willenloses Werkzeug des Vertretenen“ (S. 135). Wäre es da nicht viel zweckmässiger gewesen, ihn als eine Unterart des Stellvertreters nicht zu betrachten und seinen Begriff aus jenem der Stellvertretung ganz auszuscheiden?

Um sein Princip zu veranschaulichen, unterscheidet Verf. drei Typen von Fällen, und zwar: 1. den Fall, „wo der Vertretene dem Vertreter einen ganz präcisen, unbedingten Auftrag gibt“, wo daher „der Wille des Vertretenen für die vom Vertreter abgegebene Erklärung causalbestimmend gewesen“ und diese deshalb auch nur nach jenem Willen zu beurtheilen ist; 2. den Fall, „wo der Vertretene gar keinen präcisen rechtsgeschäftlichen Entschluss fasst,“ daher die Erklärung nur nach dessen Willen zu beurtheilen ist; 3. den Fall, „wo sowohl Vertreter als auch der Vertretene einen concreten rechtsgeschäftlichen Willen hatten, aber jeder nur einen theilweisen.“ Hier kann wieder der Wille zwischen Principal und Vertreter rein quantitativ getheilt sein (extensive Theilung), oder der Vertretene stellt dem Vertreter einen völlig bestimmenden aber nicht unbedingten Willen anheim, den dieser je nach Umständen zur Unbedingtheit zu erheben hat (intensive Theilung), und gemäss dieser Unterscheidung tritt auch eine verschiedene Beurtheilung des Falles ad c) ein (S. 119—122).

Dieser ganze Ansatz lässt sich mit der Theorie des Verf. nicht recht vereinigen; denn, soll die Stellvertretung auf einem getheilten Handeln des Vertreters und des Vertretenen beruhen, so muss bei dem Umstande, als das Handeln doch nur der äussere Ausdruck des Willens des Handelnden ist, überall auch eine Theilung des rechtsgeschäftlichen Willens eintreten und durch das Zusammenwirken beider Willen, bezw. beider Handlungen, das Rechtsgeschäft zur Entstehung gelangen. Dann wäre aber die Unterscheidung der obigen drei Typen

gegenstandslos und jede Stellvertretung müsste unter die Fälle des dritten Typus subsumirt werden können.

Aber abgesehen davon, drängt sich Jedermann die Frage auf, auf wen die Wirkungen der Handlung des Einen und des Anderen zurückfallen? Doch nicht auf den Handelnden allein, denn beim Vertreter belehrt uns das tägliche Leben eines Anderen. Der Verf. erblickt denn auch in dem Willen des Stellvertreters, „dass die Wirkungen des Geschäfts nicht in seiner Person, sondern in der des *dominus* eintreten sollen", einen nothwendigen Bestandtheil des Rechtsgeschäfts. „Dieser Wille — sagt er — muss vorliegen, anderenfalls erhalten die Wirkungen des Rechtsgeschäfts nicht die Richtung auf die Person des Vertretenen, sondern bleiben in der des Stellvertreters liegen" (S. 138). Sobald er aber annimmt, dass die Folgen der Handlung des Vertreters auf den Vertretenen zurückfallen, so gelangt er auch mit seiner Theorie auf den Standpunkt der von ihm so sehr perhorrescirten Repräsentationstheorie, deren Grundcharakter im Gegensatz zur Theorie Savigny's nicht so sehr darin liegt, dass sie den Vertreter als den eigentlich Handelnden betrachtet, als vielmehr darin, dass sie das vom Vertreter als Repräsentanten des Vertretenen geschlossene Rechtsgeschäft so auffasst, als wenn es vom Vertretenen selbst geschlossen wäre, mithin die Wirkungen seiner Handlungen im Vertretenen entstehen lässt (vgl. Unger, System, II, S. 136).

Freilich muss dem Verf. zugestanden werden, dass die Anhänger der Repräsentationstheorie die Willensbethätigung des Vertretenen zu sehr bei Seite geschoben haben und dass eine innigere Verbindung gerade dieser Willensbethätigung mit der eigentlichen rechtsgeschäftlichen Handlung des Vertreters, eine grössere Berücksichtigung ihres Einflusses auf die Wirksamkeit des vom letzteren vorgenommenen Rechtsgeschäfts, zur Behebung so mancher Zweifel und zur Erleichterung der Beantwortung von vielen Detailfragen beigetragen hätte. Aber deshalb braucht die ganze Repräsentationstheorie noch nicht über Bord geworfen zu werden und der Verf. geht in seinen Einwendungen gegen dieselbe gewiss zu weit, wenn er behauptet, dass ihrem Princip gemäss, der concrete Willensinhalt der Vollmacht, die als ein ausserhalb des Rechtsgeschäfts stehender Act aufgefasst wird, „im Rechtsgeschäft niemals zur Geltung komme" (S. 183), da doch auch nach der Repräsentationstheorie der Vertreter bei seinem Handeln sich dem in der Vollmacht enthaltenen concreten Willensinhalte accomodiren muss, weil sonst die Wirkungen seiner Handlung auf den Vertretenen nicht übergehen könnten, ausgenommen, letzterer würde sie nachträglich ratificiren und insofern den fehlenden Willensinhalt der Vollmacht ergänzen.

Unseres Erachtens hätte daher der Verf. seinen Zweck auch durch eine entsprechende Modification der Grundsätze der Repräsentationstheorie erreichen können und es bedurfte hierzu nicht erst eines so complicirten Apparates, wie er ihn im Anschluss an die früher erwähnten drei Typen von Fällen im §. 14 als Grundlage zur speciellen

Behandlung der ganzen Lehre angeführt hat. Da er nämlich den Umstand, ob der Vertreter äusserlich als Bote oder selbstbeschliessend auftritt, in Berücksichtigung zieht, so ergeben sich ihm unter Rücksichtnahme auf die oben erwähnten drei Typen von Fällen, „*in concreto* sechs Gruppen von stellvertretenden Rechtshandlungen," die nach den von ihm aufgestellten Principien „jeweils verschieden zu beurtheilen sind, und zwar: 1. Der Vertreter ist willenslos und tritt als Bote auf. Dann ist das Rechtsgeschäft durchaus nach dem Willen des Principals zu beurtheilen. 2. Der Vertreter ist willenlos und tritt selbstbeschliessend auf. Hier ist das Rechtsgeschäft nach dem Willen des Principals zu beurtheilen, soweit nicht der Dritte berechtigt ist, sich auf das äussere Auftreten, somit auf die Nothwendigkeit der Beurtheilung nach der Person des Vertreters zu berufen. 3. Der rechtsgeschäftliche Wille ist zwischen Vertreter und Vertretenen getheilt; Auftreten als Bote. Hier kommt es auf den Willen jeder dieser beiden insoweit an, als der Betreffende das Rechtsgeschäft wirklich beschlossen hat; doch kann der Dritte die Berufung des Vertretenen auf den wahren Willen des Vertreters nach Umständen durch den Hinweis darauf ausschliessen, dass er den Vertretenen für den eigentlich Beschliessenden habe ansehen dürfen. 4. Der rechtsgeschäftliche Wille ist wieder zwischen dem Principal und dem Vertreter getheilt; der Vertreter tritt selbstbeschliessend auf. Wieder zunächst Beurtheilung des Rechtsgeschäfts nach beiden Personen; der Dritte darf sich aber darauf verlassen, dass das Rechtsgeschäft nur nach der Person des Stellvertreters zu beurtheilen ist. 5. Der Vertreter hat allen concreten Willen; der Vertretene gibt nur die Vollmacht; Auftreten als Bote. Dann ist das Rechtsgeschäft blos nach dem Willen des Procurator, nach jenem des *dominus* aber insofern zu beurtheilen, als der Dritte durch Hervorkehrung des wahren Sachverhalts in seiner berechtigten Beurtheilung des Rechtsgeschäfts getäuscht würde. 6. Dieselbe Willensvertheilung; der Stellvertreter gibt sich als selbstbeschliessend, dann ist blos seine Person in jeder Richtung als massgebend in's Auge zu fassen" (S. 127, 128).

Wir haben diese Grundlagen absichtlich wortgetreu angeführt, weil aus ihnen am besten zu entnehmen ist, wie schwierig und complicirt sich die Theorie des Verf. in seiner Anwendung auf einzelne Fälle darstellen muss und wir glauben, dass insbesondere unter den Praktikern sich kaum Jemand finden dürfte, den diese Grundlagen befriedigen könnten.

Nach unserem Dafürhalten sollte an der Repräsentationstheorie um so eher festgehalten werden, als sich auch die vom Verf. an den eingangs erwähnten fünf Problemen durchgeführte Kritik derselben leicht beheben lässt und als ferner die vom Verf. in vielen einzelnen Fällen vorgeschlagene richtige Entscheidung vom Standpunkte dieser Theorie ebenfalls gerechtfertigt werden kann.

Was die vom Verf. geübte Kritik anbelangt (vgl. S. 101 fg.), so findet er zunächst die praktischen Ergebnisse dieser Theorie hin-

sichtlich des Verhältnisses zwischen *tertius* und Stellvertreter unzulänglich, da nach ihr der Stellvertreter sich für die bei Abschluss des Vertrages ihm *ad personam* widerfahrenen Beschädigungen höchstens am *dominus* erholen kann, daher der *culpos* verletzte *negotiorum gestor* bei nicht erfolgter Ratihabition, oder der ebenso beschädigte Stellvertreter, insoferne er seine Vollmacht überschritten hat, ganz rechtlos ausgehen könnte. Dagegen muss bemerkt werden, dass die Fälle, wo dem *negotiorum gestor* die Ratihabition versagt wird, oder, wo der Bevollmächtigte ausserhalb der Grenzen seiner Vollmacht etwas unternimmt, unter den Begriff der eigentlichen Stellvertretung — auch vom Standpunkte des Verf. — nicht recht fallen, aber dass auch in beiden Fällen schon im Hinblick auf die allgemeinen Rechtsbestimmungen über den Schadenersatz der *culpos* Verletzte nicht rechtlos ausgehen kann.

Weiter wirft Verf. der Repräsentationstheorie vor, sie führe zu dem unmöglichen Resultate, „dass auch die Form des Rechtsgeschäftes nur nach der Person des Stellvertreters zu beurtheilen ist, da ja blos er den Vertrag abschliesst. Man müsste denn etwa sagen: was die Rechtswirkungen des Vertrages anbelangt, ist auch der stellvertretende Vertrag ein Vertrag des Principals und darum ist auch die Form, als unerlässliche Voraussetzung der Rechtswirkungen, aus seiner Person zu beurtheilen." Damit gäbe man aber die ganze Repräsentationstheorie auf, denn man würde dann anerkennen, „dass der Principal doch den Vertrag abschliesst" (S. 104). Indessen ist dieser Schluss ganz unrichtig, denn man erkennt bei jener Annahme nur so viel an, dass der Vertrag für den Principal abgeschlossen wird.

Dass hinsichtlich des dritten Problems die Repräsentationstheorie meistens zu richtigen Resultaten führt, gesteht Verf. selbst zu, wirft ihr nur vor, dass das nicht immer der Fall ist und dass sie „einen Irrthum des Stellvertreters selbst dann für schädlich erklärt, wenn der Stellvertreter *in corpore* irrte, der *dominus* aber nicht, und dabei der Stellvertreter aus Versehen den richtigen Willen des *dominus* erklärte" (S. 104). „Hat also der Stellvertreter den Auftrag, das Pferd y zu kaufen und erklärt y, welches er aber irrig für x hält, so ist der Kauf ungiltig" (S. 118, vgl. S. 273). Indessen müsste bei einer etwas innigeren Verbindung der Handlung des Vertreters mit der Willensbethätigung des Vertretenen auch hier die Entscheidung anders ausfallen. Nur hat der Verf. sein Beispiel schlecht gewählt; denn, wenn der Vertreter gemäss des Auftrages y erklärte, obwohl er das bezügliche Pferd irrig für x hielt, so liegt hier nicht ein blosses Versehen vor. Vielmehr wollte der Vertreter entgegen seinem Auftrage handeln; denn, so wie der Fall vorliegt, wäre sein Wille offenbar auf den Ankauf des Pferdes x gerichtet gewesen.

Weiter erhebt Verf. den Vorwurf, dass die Repräsentationstheorie bezüglich der Frage, „nach welchen Gesetzen ein Vertrag zu beurtheilen ist, den der Stellvertreter unter der Herrschaft eines am Wohnorte des Repräsentirten nicht geltenden Rechts abschliesst," zu

gar keiner Entscheidung komme (S. 106). Dieser Vorwurf ist unbegründet, denn, wenn man auch hier bei Entscheidung besonderer Fälle auf Schwierigkeiten stosst, so sind diese nicht durch den Witz, „ob der Vertragswille ein preussischer oder österreichischer" sei, als vielmehr durch die schwankenden Grundsätze des sogenannten internationalen Privatrechts, insbesondere den Umstand veranlasst, dass die bezüglichen Fragen in jedem Staate vom Standpunkte seiner Gesetzgebung beantwortet werden und darnach zu beurtheilen sind.

Am wichtigsten sind die Einwendungen, welche Verf. vom Standpunkte der stellvertretenden *negotiorum gestio* gegen die Repräsentationstheorie erhebt (S. 106 fg., S. 206 fg.). Aber auch diese lassen sich beseitigen. Die erste Einwendung, dass hier „ein Rechtsgeschäft ein perfectes genannt wird, dessen Wirkungen noch völlig in der Luft schweben," betrachtet selbst der Verf. als keine unüberwindliche, und nach unserer Ansicht braucht man nicht auf die bedingten Rechtsgeschäfte hinzuweisen, um ein Analogon dafür zu finden, da beim Testament ein Fall vorliegt, der ganz dieselben Merkmale an sich trägt. Entspricht nämlich die letzte Willenserklärung allen Anforderungen eines Testamentes, so wird doch Jedermann sie als ein perfectes Rechtsgeschäft betrachten, und doch schwebt ihre Wirkung völlig in der Luft, da sie nur dann eintreten kann, wenn der Testator unter Aufrechthaltung dieser Willenserklärung stirbt, vom eingesetzten Erben überlebt wird und dieser zur Annahme der Erbschaft sich bereit erklärt, also eine zu diesem Zwecke erforderliche Parteihandlung vornimmt.

Dagegen — meint Verf. — stosse die Repräsentationstheorie hier noch auf eine zweite Schwierigkeit, die ihm unlöslich zu sein scheint. Ist nämlich das vom Gestor vorgenommene Rechtsgeschäft ein perfectes, in sich abgeschlossenes, dann kann die Frage in Betreff der Wirkungen desselben nur aus der Person des Vertreters beurtheilt werden, und die erfolgte Ratihabition kann daran nichts ändern. „So könnten, wenn *dominus* einen vom *gestor bona fide* abgeschlossenen Vertrag *dolos* oder *culpos* ratihabirt, die Rechtswirkungen des *dolus* oder der *culpa* aus dem Vertrag gegen den *dominus* nie abgeleitet werden" (S. 207). Diese Einwendung dürfte sich aber unseres Erachtens durch den Hinweis auf die bei der Repräsentationstheorie angenommene Fiction beseitigen lassen, wornach das vom Vertreter vorgenommene Rechtsgeschäft so betrachtet wird, als wenn es vom Vertretenen errichtet worden wäre. Freilich kann dabei *culpa*, *dolus*, *scientia* des Vertretenen nur so weit in Berücksichtigung gezogen werden, als er selbst handelnd auftritt, aber eben deshalb würde auch hier bei einer etwas innigeren Verbindung seiner Willensbethätigung mit den Wirkungen des vom Vertreter vorgenommenen Rechtsgeschäftes auf eine leichte Weise das Resultat erreicht werden können, zu dem Verf. durch Annahme seiner complicirten Theorie gelangt.

Andererseits wieder zeigt sich auch diese Theorie bei der stellvertretenden *negotiorum gestio* zur Erklärung mancher Erscheinungen

unzureichend. So unterzieht der Verf. im §. 27 das bezügliche Rechtsverhältniss vor der Genehmigung einer genaueren Betrachtung und erörtert die bestrittene Frage, ob der *gestor* berechtigt sei, im Einverständniss mit dem dritten Contrahenten den für den Principal geschlossenen Vertrag vor dessen Genehmigung aufzuheben oder von dem Namens des *dominus* vorgenommenen einseitigen Rechtsgeschäfte vor dessen Ratihabition zurückzutreten? Er gibt zu, dass „gewichtige innere Gründe dafür sprechen, dem *gestor* die Vereitlung der für den Principal einmal begründeten Situation nicht ohne Weiteres zu gestatten," und erklärt sich dafür, dass dem *gestor* die Möglichkeit, das von ihm vorgenommene Rechtsgeschäft einseitig aufzuheben, vollständig zu benehmen sei. „Denn, dass *dominus* — sagt er weiter — in jenes pendente Rechtsgeschäft eintritt, ist doch eben nur dadurch erklärlich, dass dasselbe sofort ein Rechtsverhältniss in seiner, des *dominus*, Person erzeugt hatte, er succedirt nicht etwa in bisher bestandene Rechte des *gestor* — denn solche sind ja für den Stellvertreter undenkbar — sondern er perficirt nur das vom *gestor* in seiner Person bereits erzeugte imperfecte Rechtsverhältniss". Wie lässt sich aber diese Ansicht mit der Theorie des Verf. vereinigen, da doch vor der Ratihabition gar keine Willensäusserung und gar kein Wille, nicht einmal ein Wille *in abstracto*, seitens des *dominus* vorlag? Wie konnte in Folge der Handlung des *gestor* bei einem ganz passiven Verhalten des *dominus* in dessen Person irgend welche Wirkung entstehen, wie ein, wenn auch imperfectes Rechtsverhältniss erzeugt sein? Diese Schwierigkeit wird nicht behoben durch die weiter angeführte Modification der Ansicht des Verf., wornach „dritten Contrahenten gegenüber der *gestor* kraft seiner *gestio* bevollmächtigt ist, dieses dem *dominus* bereits verschaffte Recht wieder aufzuheben", denn er steht dabei fest, dass „durch die Handlung des *negotiorum gestor* dem *dominus* ein Recht erworben ist, auf welches der *gestor* nicht eigenmächtig wieder verzichten kann."

Viele Detailfragen wurden vom Verf. richtig aufgefasst und beantwortet, darunter auch die controverse und schwierige Frage über die Haftung des *falsus procurator* bei doloser oder culposer Vorschützung einer Legitimation (S. 164 fg.). Die bezüglichen Ausführungen des Verf. lassen sich jedoch auch mit der Repräsentationstheorie ganz gut vereinigen. Dagegen können wir uns mit einer Entscheidung, die Verf. S. 275 bei Besprechung des Einflusses des Irrthums des Stellvertreters auf die Giltigkeit des Rechtsgeschäftes angeführt hat, unmöglich einverstanden erklären. Der Verf. setzt nämlich den Fall, dass der Stellvertreter das Pferd x kaufen und hierbei den Kaufpreis selbst accordiren soll. „Er hält das Pferd x für y und verspricht für dasselbe die 100, die er wohl für x, niemals aber für y gegeben haben würde." Warum da der Kauf ungiltig sein soll, ist nicht einzusehen, ausgenommen, der Verf. hätte sich verschrieben und an den Fall gedacht, wo der Vertreter das Pferd y für x hält und dafür 100 verspricht, die er aber für das Pferd x niemals gegeben haben würde.

Hiermit hätten wir die wichtigsten Gründe angegeben, die uns veranlasst haben, gegen die neue Theorie des Verf. im Grossen und Ganzen eine ablehnende Stellung einzunehmen. Doch stehen wir nicht an, seine Arbeit eine höchst verdienstliche zu nennen und ihr einen bedeutenden wissenschaftlichen Werth beizumessen. Ist es ihm auch — wenigstens nach unserem Dafürhalten — nicht gelungen, die gegenwärtig fast zur herrschenden gewordene Repräsentationstheorie umzuwerfen, so werden trotzdem selbst die Anhänger dieser letzteren sein Werk an vielen Stellen benützen können, denn einer Modification bedarf die Repräsentationstheorie, und zu dieser dürfte der Verf. mit dem Gedanken, den er seiner Theorie zu Grunde legt, einen ganz richtigen Weg angedeutet haben. Es handelt sich nämlich, wie schon oben bemerkt, um eine etwas innigere Verbindung der Willensbethätigung des Vertretenen mit der vom Vertreter vorgenommenen Handlung und um eine genaue Erörterung der Frage, welchen Aenderungen die Wirksamkeit dieser Handlung unter dem Einflusse jener Willensbethätigung zu unterliegen habe, und so manche schwache Seite der Repräsentationstheorie würde leicht zu beheben sein. Zu dieser Erörterung liefert nun das Werk des Verf. ein recht reiches und belehrendes Material.

Krakau, im September 1886.

Dr. Zoll.

Vom Besitz des Sequesters.

Nach dem römischen Recht zur Zeit der classischen Jurisprudenz.

Von Dr. Julius Voigt. Freiburg in B. 1885 (68 S.). Akademische Verlagsbuchhandlung von J. C. B. Mohr.

Zweck dieser interessanten Abhandlung ist, den Besitz des Sequesters als einen selbständigen, in keiner Beziehung zu den Personen des Sequestrationsvertrages stehenden darzustellen. Vorerst bespricht aber der Verf. die verschiedenen im Laufe der Zeit mit dem Wort Sequester verknüpften Bedeutungen und meint, dass „Sequestration in der Gestalt, wie sie in der ersten Kaiserzeit bis zum Ausgang der classisch-juristischen Periode sich uns darstellt, wesentlich auf dem Boden der Wissenschaft steht und von ihr, nicht aber aus der Initiative anderer gesetzschaffender Factoren, besonders auch nicht der Prätoren ihre Ausbildung erfahren hat“ (S. 4). Daher ist die grösste Vorsicht zu beobachten, ebenso bei Schlüssen aus dem alten Institut des *arbiter-sequester* auf den Charakter der Sequestration im classischen Recht, wie bei Aussprüchen der nicht juristischen Schriftsteller bis über die Zeit der classischen Juristen hinaus. Gegen Muther (Sequestration und Arrest nach röm. Recht), der die Sequestration hauptsächlich in ihrer processualen Bedeutung, mithin als *sequestratio necessaria* behandelt, bemerkt Verf., dass die Quellen nur von einer einzigen processualen Sicherheitsbestellung in Form der Sequestration sprechen und das ist die Cautionsbestellung bei der Appellation. Verf. bezeichnet sie

jedoch als den ersten Einbruch in das alte prätorische Satisdationensystem und meint, dass schon zu Ulpian's Zeiten ausnahmsweise auch in anderen Fällen der processualen Caution Sequestration gebraucht werden konnte. Auf diese Art bildete sich die *sequestratio necessaria* der späteren Kaiserzeit aus, die im neuen Process schliesslich „im Realarrest erstarrte." Dass dennoch so Mancherlei gerade über die *sequestratio voluntaria*, „dagegen wenig über die der Zeit näher liegende *sequestratio necessaria* in den Digesten sich vorfindet, ist theilweise zwar der Autorität der grossen Juristen der classischen Periode, besonders aber wohl auch der ehemaligen Bedeutung des Rechtsinstituts und der reichen Literatur, welche darüber vorhanden gewesen sein muss, beizumessen" (S. 9). Diese Quellen enthalten mehr Theorie als praktische Fälle, aber gerade an die von den classischen Juristen construirte *sequestratio* muss jede Untersuchung über den Besitz des Sequesters anknüpfen.

Der Streit dreht sich um den Charakter dieses Besitzes, ob nämlich der Sequester-Besitzer *ad interdicta*, ohne oder mit Unterbrechung der Usucapion der sequestrirenden Parteien oder blosser Detentor oder in einigen Fällen Interdictenbesitzer, in anderen Detentor sei. Behufs einer richtigen Beantwortung dieser Frage, erörtert Verf. im I. Theile die Vorfrage, was aus der Natur des Rechtsgeschäftes der Sequestration folge?

Aus den in drei Digestenstellen *(ll. 16, 17 pr. depositi, l. 110 de verb. sign.)* vorkommenden Definitionen der Juristen Paulus, Florentinus und Modestinus ergeben sich vier Merkmale der Sequestration, und zwar: *1. depositio plurium personarum; 2. depositio eiusdem rei; 3. depositio uniuscuiusque in solidum; 4. controversia.* Die *controversia* fasst Verf. nicht gerade als gerichtlichen Streit auf, doch müssen die beiderseitigen entgegengesetzten Rechtsansprüche der Parteien solche sein, dass zu ihrer Ausübung Detention der deponirten Sache, also volle factische Herrschaft über dieselbe erforderlich wäre und sie müssen als gegenseitige Ansprüche im Augenblick der Detention schon vorhanden sein. Dass dem die *l. 7 D. depositi*, *l. 5 D. de tab. exhib.*, *l. 5 D. fam. ercisc.*, *l. 5 C. depositi* und *l. 22 §. 8 D. sol. matr.* nicht entgegenstehen, sucht Verf. gegen Böcking und Muther nachzuweisen. Was weiter den Sequestrationsvertrag anbelangt, so verwirft Verf. die Ansicht Muther's, wornach aus demselben gemäss der Zahl der Deponenten mehrere, und zwar der Sachlage gemäss nothwendig (?) resolutiv-bedingte Obligationen entstehen sollen, weil doch mehrere Obligationen, von denen die eine nur dann existiren kann, wenn die andere nicht existirt, neben einander nicht bestehen können. Er behauptet daher, dass nur die Annahme einer Obligation möglich ist und construirt sie auf die Weise, dass er annimmt, „es sei mit den verschiedenen Depositalverträgen zugleich eine Delegation einer vierten Person verbunden, welche die Stelle der Deponenten in der Obligation als neues Rechtssubject einnehmen soll; diese vierte Person ist aber in allen Depositalverträgen dieselbe. Unmittelbar nach ihrem

Entstehen würden demnach die aus den verschiedenen Depositionen entstehenden Obligationen novirt und in die Stelle jeder derselben träte die gleiche neue. Das neu eintretende Rechtssubject ist, insofern es disjunctiv bestimmt ist (dieser oder jener), eine *persona incerta*, die möglichen physischen Personen, welche nach Erfüllung der in dem Sequestrationsvertrage festgesetzten Bedingung an Stelle dieser *persona incerta* treten sollen, sind jedoch in den Deponenten bereits vorhanden" (S. 29). Zur Unterstützung dieser Ausführung soll dem Verf. der Umstand dienen, dass die classischen Juristen dieses spätere, angeblich neue Rechtssubject als *victor* bezeichnen und es von den alten Rechtssubjecten, den *partes*, genau unterscheiden. Nach unserer Ansicht findet jedoch diese ganze unnatürliche und gewundene Darstellung in den Quellen gar keinen Anhaltspunkt, abgesehen schon davon, dass zu einer jeden Novation der *animus novandi* gehört, von dem aber bei den Deponenten keine Spur vorhanden ist. Wenn übrigens der Verf. seiner Novation die aus den „verschiedenen Depositalverträgen" entstandenen Obligationen zu Grunde legt, so nimmt auch er vor erfolgter Novation das Vorhandensein solcher Obligationen an, die neben einander nicht existiren können und der von ihm gegen Muther erhobene Vorwurf trifft ihn um so härter, als er diese Obligationen nicht einmal als bedingte bezeichnet. Ferner widerspricht die Annahme der Eingehung eines Vertrages mit einer *persona incerta* dem römischen Obligationsbegriff und fasst man diese Person gegenüber den Deponenten als ein neues Rechtssubject auf, dann ist es unbegreiflich, wie der Sequestrationsvertrag überhaupt noch den Charakter eines Depositums behalten könne. Alle diese Inconvenienzen fallen weg, sobald man die aus den Verträgen der Deponenten entstandenen Obligationen als bedingte, aber nicht als resolutiv-, sondern als suspensiv-bedingte Obligationen auffasst, weil dann auch der vom Verf. gegen Muther erhobene Einwand gegenstandslos wird. Der Sequester verpflichtet sich nämlich gegen jeden Deponenten zur Rückgabe der Sache, wenn ihm dieselbe zugesprochen werden sollte, er daher als Sieger aus dem zwischen ihnen bestehenden Streite hervorgehen würde und da diese Bedingung sich nur bei einem Deponenten erfüllen kann, so liegt in der Uebernahme einer solchen Verpflichtung gegenüber Mehreren nichts Unmögliches vor. Selbst die vom Verf. angeführte *l. 9 §. 3 D. de dolo malo* (4. 3) spricht gegen ihn und für die von uns vertretene Ansicht (*quoniam neque mandati neque sequestraria Seium convenire potes nondum impleta condicione depositionis*).

Weiter behauptet der Verf., dass durch den Sequestrationsvertrag die verschiedenen Deponenten die factische Herrschaft und den juristischen Besitz, und zwar letzteren *corpore* verlieren, der Besitz aber hiermit auf den Sequester noch nicht übergeht, obwohl Utilitätsgründe dafür sprechen, dass ihm Interdictenbesitz zu gewähren sei. Dass die Deponenten die factische Herrschaft über die Sache verlieren, ist allerdings richtig, dass sie auch den juristischen Besitz verlieren sollen, ist eine nothwendige Consequenz der eigenthümlichen Ansicht des Verf. über den

Sequestrationsvertrag und da entsteht die Frage, wer dann während der Sequestrationszeit Besitzer der Sache sein soll? Der Deponent nicht, denn ihm fehlt das *corpus*, der Sequester auch nicht, denn ihm fehlt der *animus*, mithin bliebe nur noch die *persona incerta* als neues Rechtssubject übrig, in dessen Namen vielleicht der Sequester mittlerweile die Sache detiniren würde. Zu dieser Consequenz bekennt sich Verf. freilich nicht, denn im weiteren Verlaufe trachtet er nachzuweisen, dass der Sequester selbständiger Besitzer und nur im Besitz *ad usucapionem* Stellvertreter des künftigen Siegers, mithin auch des neuen mit diesem letzteren identischem Rechtssubjects, d. i. der vierten *persona incerta* sei (S. 66). Aber auch da bleibt uns Verf. die Erklärung schuldig, wie und wann er sich die Entstehung des zum Usucapionsbesitze erforderlichen *animus* bei dem vertretenen neuen Rechtssubjecte denkt und was mit dem *animus* der Deponenten geschehen ist? Alle diese Schwierigkeiten schwinden, wenn man annimmt, der Sequester detinirt einstweilen die Sache im Namen desjenigen Deponenten, dem er dieselbe nach Beendigung des Streites wird zurückgeben müssen, in dessen Person sich daher die oben erwähnte Bedingung erfüllen wird. Damit lässt sich, was Verf. vom Utilitätsstandpunkte für die Uebertragung des Interdictenbesitzes auf den Sequester sagt, recht gut vereinigen.

Dass dieser Interdictenbesitz dem Sequester nach römischem Recht zugestanden wurde, ist in *l. 17 §. 1 D. depositi* unzweideutig ausgesprochen und der II. Theil der vorliegenden Abhandlung ist eben dazu bestimmt, auf Grund dieser Stelle, sowie der ihr scheinbar widersprechenden *l. 39 D. de acq. vel amm. poss.* die Natur des Besitzes des Sequesters näher zu erörtern. Hier unterzieht der Verf. zuerst die seit der Glosse vorgekommenen Vereinigungsversuche jener beiden Stellen einer genauen und treffenden Kritik und schreitet dann zur eigenen Lösung dieser Aufgabe. Dabei setzt er die Worte *deposita est* der l. 17 §. 1 ganz richtig mit *res* als Subject in Verbindung (entgegen dem Duarenus und Savigny, die sie auf *possessio* beziehen), übersetzt ferner das streitige Wort *demum* des Satzes *nam tum demum sequester possidet* nach Muther mit „freilich", erklärt sich ferner dafür, „dass in den ll. 17 und 39 cit. nur von der Zurechnung zum Usucapionsbesitz, nicht aber von der Zurechnung zum Besitz bei dem *interdictum utrubi* die Rede ist" und dass das Wort *procedere* der l. 17 §. 1 die Bedeutung von *progredi* oder *procurere* habe, das Wort *possessioni* dagegen den Besitz vor dem Sequestrationsacte bezeichne. Er übersetzt daher die l. 17 §. 1 cit. folgendermassen: „Das Eigenthum einer deponirten Sache bleibt bei dem Deponenten zurück und ebenso der Besitz; der letztere aber hinwiederum nicht, wenn die Sache bei einem Sequester deponirt ist, denn dann freilich hat der Sequester den Besitz der Sache. Diese Deposition nämlich bewirkt, dass zu Gunsten und im Anschluss an den früheren Besitz keines der Deponenten die Zeit weiter läuft" (S. 64). Dieser Uebersetzung fügt er die Erläuterung bei, dass hier also sämmtliche Deponenten ihren Besitz verlieren und dass dieses Resultat im Wesen der Sequestration

begründet sei *(id enim agitur ea depositione)*. Was aber die l. 39 cit. anbetrifft, so handelt diese nach Ansicht des Verf. über die Frage, ob dem später zu constituirenden Besitz der Besitz des Sequesters zuzurechnen sei und bejaht sie als Regel, insofern es sich um den Besitz *ad usucapionem* handelt (*ad usucapionem eam possessionem victori procedere constat*). Eine Ausnahme würde nur dann vorkommen und die Zurechnung nicht statthaben, wenn die Parteien noch „vor dem Sequestrationsacte" die Absicht erklärten, dass der Besitz aufgegeben werde, weil dann die Sequestration eben den Zweck hätte, den Usucapionsbesitz zu unterbrechen. Ein solcher Fall tritt ein, „wenn die Parteien bei ihrem Streit um die Sache den Usucapionserwerb derselben ausschliessen und ihr Recht auf anderen Fundamenten begründen wollen" (S. 67). Auf ihn beziehen sich die Worte der l. 39 cit.: *nam si omittendae possessionis causa (sc. deponitur res apud sequestrem), et hoc apperte fuerit approbatum.*

Das Schlussergebniss der Ausführungen des Verf. besteht also darin, dass der Sequester stets den Besitz *ad interdicta* hat, und zwar einen selbständigen, der ausser aller Beziehung zu dem früheren Besitz der Deponenten steht, weil diese ihn in Folge des Sequestrationsvertrages verlieren. Doch besitzt er auch *ad usucapionem*, aber *nomine victoris*, ausgenommen, die Sequestration wäre „laut ausdrücklicher Vereinbarung der Parteien in der Absicht und zu dem Zwecke erfolgt, dass der Besitz verloren und damit eine eventuelle Usucapion unterbrochen werde" (S. 68).

Dass der Verf. durch seine Interpretation der beiden streitigen Quellenaussprüche zur Beseitigung des zwischen ihnen anscheinend vorkommenden Widerspruches viel beigetragen hat, ist nicht zu leugnen, dennoch können wir gerade dem wesentlichen Theile seines Schlussergebnisses nicht beistimmen. Allerdings ist es richtig, dass die Worte *deposita est* der l. 17 §. 1 cit. auf *res* zu beziehen sind und dass daher der Sequester stets den Besitz *ad interdicta* hat, aber wenn er ihn als einen selbständigen, ohne Beziehung zu dem früheren Besitz der Deponenten ausüben würde, dann müsste er auch den *animus rem sibi habendi* haben, was aber den Quellen widerspricht, die ausdrücklich sagen, dass er jenen Besitz nur *custodiae causa* behält. Hat er ja doch von allem Anfang die Absicht, die Sache einem von den Deponenten zurückzustellen, und zwar dem, der aus dem Streite als Sieger hervorgehen wird. Da er aber während der Sequestrationszeit nicht wissen kann, welcher unter den Deponenten es sein wird, so musste ihm zum Behufe eines Schutzes gegen etwaige Besitzstörung für die ganze Zeit der Besitz *ad interdicta* zugestanden werden. Auch der Schlusssatz der l. 17, §. 1 cit. hatte seine guten Gründe, da sonst, wie Verf. selbst an einer anderen Stelle (S. 66) und behufs einer anderen Begründung richtig bemerkt, der eine oder andere Deponent die Sache inzwischen usucapiren könnte, „was bei der alten kurzen Usucapionsfrist für bewegliche Sachen leicht möglich war".

Indessen hatte jener Schlusssatz seine Anwendung nur bis zu dem Augenblicke, wann es festgestellt war, wer unter den Deponenten als Sieger hervorgeht, dann aber war es schon eine natürliche Folge, dass der Besitz des Sequesters zu Gunsten des obsiegenden Deponenten, dessen eigentlicher Stellvertreter jener bis dahin war, hat zugerechnet werden müssen. Da jedoch diese Zurechnung nur für die *usucapio* Bedeutung haben konnte, so erklärt sich daraus die oben erwähnte Bestimmung der l. 39 cit. Auch müsste diese Zurechnung an den etwa von dem betreffenden Deponenten vor dem Sequestrationsacte ausgeübten Besitz anknüpfen. Hat also dieser die Sache ursprünglich 6 Monate besessen, sie hierauf dem Sequester übergeben und der bezügliche Streit wäre 4 Monate nachher zu seinen Gunsten entschieden, so fehlten ihm zur Vollendung der Usucapion nur noch zwei Monate. Dagegen müsste bei einer consequenten Durchführung der Ansicht des Verf. der obsiegende Deponent im vorliegenden Falle noch volle acht Monate besitzen, denn er sagt ja ausdrücklich, dass „der Sieger, der als vierte *incerta persona* den Parteien und dem Sequester gegenübersteht, der in dem Augenblicke der Sequestration als Rechtssubject erst geschaffen ist, hatte vor dem Sequestrationsvertrage keine Existenz und daher keinen Besitz, seinen Besitz konnte daher der Sequester gar nicht continuiren."

Nun war es auch möglich, dass es den sequestrirenden Parteien daran lag, die eben besprochene Folge nicht eintreten zu lassen, z. B. ihr Streit bewegte sich einstweilen um den blossen Besitz, ohne dem etwaigen Eigenthumsrechte, das auch beide beanspruchten, zu präjudiciren und der Sequester hätte die Sache demjenigen Deponenten herauszugeben, welchem der Richter den Besitz zuerkannt und daher im künftigen petitorischen Processe die Beklagtenrolle zugewiesen hat. Hier hätte die Einrechnung des Besitzes des Sequesters zum Usucapionsbesitz dieses Deponenten seinen Gegner, falls dieser Eigenthümer gewesen wäre, schwer schädigen können, daher musste den Parteien gestattet werden, auf ihr ausdrückliches Verlangen jene Zurechnung des Besitzes *ad usucapionem* auszuschliessen. Insofern stimmen wir in diesem Punkte mit dem Verf. überein, nur verursachen die Worte *ommittendae possessionis causa* seiner Ausführung Schwierigkeiten, die er nicht beseitigen kann, denn die Erklärung, „dass die Absicht, den Besitz aufzugeben, vor dem Sequestrationsact gesetzt war," hat keine Bedeutung, weil ja nach der Anschauung des Verf. der Verlust des Besitzes auf Seite der Deponenten immer eintreten muss, mögen sie die oberwähnte Absicht vor oder bei Eingehung des Sequestrationsvertrages erklärt oder sie auch gar nicht ausgedrückt haben.

Krakau, im September 1886. **Dr. Zoll.**

Der Schenkungswiderruf, insbesondere seine Vererblichkeit.

Ein Beitrag zur Abfassung des deutschen bürgerlichen Gesetzbuches.

Von Dr. Pollack, Landrichter in Cöslin. Berlin 1886, (XV und 220 S.) Franz Siemenroth.

Diese Schrift wurde vor 13 Jahren verfasst. Dass sie gegenwärtig nicht umgearbeitet worden, rechtfertigt Verf. durch seine amtlichen Geschäfte und die Unmöglichkeit, in einer kleineren Provinzialstadt sich die neuesten Erzeugnisse der Literatur in vollem Umfange zugänglich zu machen. Er musste sich daher damit begnügen, die ihm aus verschiedenen Bibliotheken „nur in beschränktem Maasse erreichbar gewesenen neueren Werke in entsprechenden zusätzlichen Anmerkungen in Berücksichtigung zu ziehen, wenn er nicht überhaupt auf eine Veröffentlichung dieser Schrift Verzicht leisten wollte.“ Hätte der Verf. dieses bescheidene Geständniss nicht gemacht, der Inhalt seiner Arbeit würde uns schwerlich darauf geführt haben, denn wir sehen in ihr fast alle Erzeugnisse der neueren und neuesten Literatur sorgfältig und gewissenhaft benützt und haben uns nur überzeugt, dass diese Literatur den Verf. zur Aenderung seiner im Texte ausgeführten Ansichten nicht veranlasst hat. Es ging ihm vornehmlich um Erforschung des eigentlichen Gedankens, welcher der Vererblichkeit des Schenkungswiderrufes zu Grunde liegt, ohne dass er genöthigt wäre, in derselben etwas Anomales zu erblicken. Diese Aufgabe will er durch scharfe Trennung der eigentlichen Widerrufsbefugniss von dem aus der bezüglichen Widerrufserklärung entstandenen Abforderungsrechte lösen. Die Widerrufserklärung (subjectiver Widerruf) hat nämlich den Zweck, die Sinnes- oder Willensänderung des Schenkenden äusserlich kund zu geben, sie „setzt daher nothwendig eine Einheit der Person des Widerrufenden mit demjenigen voraus, dessen Willensact widerrufen werden soll“. Die Befugniss zu derselben kann somit nicht vererblich sein, denn „der Erbe ist nicht Träger der Person oder auch nur des Willens seines Erblassers und ein Widerruf seinerseits würde niemals als eine Aenderung des Schenkungswillens seines Erblassers erscheinen“ (S. 14). Dagegen entsteht durch jene Erklärung ein Anspruch auf Aufhebung der Schenkung (objectiver Widerruf), nach römischem Recht die sogenannte Widerrufsklage, welche „auf Erzwingung der aus dem Widerrufe für den Beschenkten erwachsenden Rückgewährungspflicht gerichtet ist“ (S. 53). Dieser Anspruch stellt sich als ein Vermögensrecht des Schenkers dar und ist als solches allerdings vererblich.

Im speciellen Theil wendet sich der Verf. zuerst dem römischen Recht zu und versucht es, aus dessen Bestimmungen das oben erwähnte Princip herzuleiten. Vor Allem bespricht er die *lex Cincia*, welche „ein freies, willkürliches Widerrufsrecht des Schenkers auf Grund blosser Reue für alle an eine *persona non excepta* ohne die gehörige Form gemachten Schenkungen constituirt“ (S. 22). Ist dieser Widerruf bis zum Tode des Schenkers nicht erfolgt, dann convalescirt die Schen-

kung, hat dagegen der Schenkende seine Willensänderung in Betreff der Schenkung ausdrücklich erklärt, dann konnte sein Erbe den Schutz der *lex Cincia*, bezw. die durch sie gewährleisteten Rechtsmittel *(actio in personam*, *exceptio*, *replicatio legis Cinciae)* wider den Beschenkten in Anspruch nehmen *(§§. 259, 294, 312 fr. Vat. arg. a contr.)*. Ein gleiches Bewandtniss hatte es mit den Schenkungen unter Ehegatten und mit jenen des Hausvaters an seine Hauskinder. Nur konnte hier von einem eigentlichen Widerrufsrecht keine Rede sein, da dieses eine giltige (wenn auch, wie bei der *l. Cincia*, eine unvollkommene) Schenkung voraussetzt. Immerhin machte sich aber auch da der Grundsatz geltend, „dass für die Aufrechthaltung oder das Zusammenfallen der an sich nichtigen Schenkung" der Wille des Schenkers allein entscheidend war (S. 36), und daher nur dann, wenn er sich für das letztere erklärt haben sollte, seinen Erben die Geltendmachung des bezüglichen Rechtes zustand. Zur Unterstützung der Ausführungen des Verf.'s möge hier noch beigefügt werden, dass die Quellen beim Widerruf einer Schenkung unter Ehegatten ausdrücklich von einer *revocatio voluntatis* sprechen *(l. 32 §. 4 D. de don. inter v. et u. 24. 1)*.

Der erste genauer bekannte Fall eines wahren Widerrufsrechtes, das eine jede vollkommen giltige Schenkung treffen konnte, kommt bei den Schenkungen des Patrons an seinen Freigelassenen vor. Dieses Recht war „eine höchst persönliche, activ unvererbliche, rechtliche Befugniss des Patrons" und erst das „aus dem Widerrufe entspringende Recht auf Zurückforderung, bezw. Aufhebung der Schenkung, welches der aus der erklärten Willensänderung von selbst fliessenden Pflicht des Beschenkten zur Rückgewährung der erhaltenen Bereicherung correspondirt", war rein vermögensrechtlicher Natur und daher activ und passiv vererblich (S. 42).

Jenes Widerrufsrecht erfuhr im Laufe der Zeit eine wesentliche Einschränkung dadurch, dass es nur in zwei Fällen anwendbar war, und zwar bei erwiesener Undankbarkeit des Beschenkten, und dann, wenn dem bei Vollziehung der Schenkung kinderlosen Patron später ein Kind geboren wurde. Durch diese gesetzliche Neuerung ist aber das früher entwickelte innere Wesen des Widerrufsrechtes nicht geändert worden, daher es auch im Falle des nachgeborenen Kindes einer Erklärung der Willensänderung des Schenkers bedurfte, um die Verpflichtung des Beschenkten und das entsprechende Klagerecht des Schenkers zu erzeugen. Die entgegengesetzte, aus *c. 8 C. de revoc. don.* (*8. 56*) deducirte Meinung, wornach schon die Thatsache der erfolgten Geburt die Schenkung *ipso iure* nichtig machte, weist Verf. mit guten Gründen zurück. Nach seiner Ansicht bestanden im älteren Rechte „die gleichen Grundsätze freier Widerruflichkeit" für Schenkungen des Vaters an den Emancipirten und auch dieses Widerrufsrecht wurde später nur auf den Fall der Undankbarkeit des letzteren eingeschränkt. Neben dem Rechte des Vaters entwickelte sich ein gleiches Recht der Mutter, doch konnte diese letztere ihre Widerrufsbefugniss nur durch gericht-

liche Klage geltend machen, daher hier selbst die aus dem Widerrufe entspringende Klage activ und passiv unvererblich war.

Justinian hat nun das zu seiner Zeit bereits bestandene gemeinschaftliche Vorrecht des Patrons und des Vaters zum Schenkungswiderrufe wegen Undankbarkeit auf alle Schenker ausgedehnt *(c. 10 C. de rev. don. 8. 56)*, ohne dass auch er an dem inneren Wesen dieses Widerrufsrechtes etwas geändert hätte. Der Wortlaut der bezüglichen Constitution bestätigt es ausdrücklich, dass das Widerrufsrecht nur dem Schenker und auch nur gegen den Beschenkten zusteht und dass sein Erbe, falls der Schenker ohne jene Widerrufserklärung sterben sollte, aus eigenem Rechte die Schenkung nicht mehr anfechten dar. Dagegen war die aus jener Erklärung entsprungene Klage activ und passiv vererblich, und wiewohl sie je nach Verschiedenheit des Schenkungsgeschäftes sich verschiedenartig gestalten konnte, so war sie in jedem Falle eine *actio in personam* (*c. 7 C. de rev. don. 8. 56*).

Gemeinrechtlich erscheint in Folge einer irrigen Auffassung der Quellen auch das vorjustinianische Widerrufsrecht des Patrons wegen nachgeborener Kinder auf alle Schenker ausgedehnt, nur kann hier von einer eigentlichen Widerrufsbefugniss keine Rede sein, da nach der Praxis schon durch die Thatsache der späteren Geburt die Schenkung hinfällig wird. Ebenso verhält es sich mit dem sogenannten Widerrufsrecht der Notherben wegen Verletzung ihres Pflichttheils, da dieses nicht dem Schenker, sondern den Pflichttheilsberechtigten aus deren eigenem Rechte zusteht. Auch das Widerrufsrecht bei der *donatio mortis causa* ist von der früher besprochenen Widerrufsbefugniss zu unterscheiden, da es sich bei ihr nicht „um Umstossung eines in sich vollendeten und giltigen Rechtsactes, sondern um die Verhinderung seiner vollen Entstehung handelt“ (S. 75).

Dies der wesentliche Inhalt der Arbeit des Verf.'s, insoweit sie das römische Recht betrifft. Der Gedanke, den er durchzuführen bestrebt war, ist gerade nicht neu, denn schon Donnellus hat ihm in seinem Commentar *de repetitione rerum donatarum* hinlänglich Ausdruck gegeben. (Vergl. den Schluss seiner bezüglichen Ausführungen *l. XIV. c. 31 §. 15: Dixi supra, non nasci donatori ullam revocationem donationis, nisi prius ostenderit, se mutata voluntata ob ingratitudinem donationem revocare velle; ut non mirum sit, si prius decesserit, quam id ostenderet, nullam revocationem esse eius heredibus, quia revocationis delatae conditio defecerit. At simulatque donator mutationem voluntatis declaravit, tum nascitur et constituitur donatori praesens donati repetitio. Haec actio isto modo semel nata, cum rei persecutionem contineat, persequens id, quod donatori de patrimonio abest, eius modi est, ut ea iure cum aliis actionibus similibus communi utatur; scilicet, ut iam non soli donatori competat, sed etiam eius heredibus: nec minus detur, ut adversus donatorium, sic et adversus eius heredes; quae conditio est omnium actionum in personam rei persecutionem continentium.)* Savigny war derselben Ansicht, denn er behauptet ausdrücklich, dass der blosse Wille des Widerrufes zur Vererbung der Klage hinreicht und diese

nur dann „wegfällt, wenn der Geber stirbt, ohne seinen veränderten Willen auf irgend eine Weise an den Tag gelegt zu haben“ (System, IV, S. 232). Auch bei Puchta findet sich die Behandlung des Willensmomentes auf Seite des Schenkenden in Bezug auf die *lex Cincia* sehr gut hervorgehoben (*Cursus §. 206*). Trotzdem hat Verf. Recht, wenn er gegen die herrschende Lehre den Vorwurf erhebt, dass in derselben die Befugniss zur Widerrufserklärung und der aus dieser Erklärung entspringende Anspruch vermischt sind und daher allgemein von der Vererblichkeit, bzw. Unvererblichkeit der Klage gesprochen wird, ein Umstand, der auch Savigny zu einer unrichtigen Auffassung dieser Klage verleitet hat. Nur hätte der Verf. Windscheid dabei nicht anführen sollen, da derselbe blos vom Widerrufsrechte spricht und ausdrücklich hinzufügt: „Ist aber der Widerruf *inter primas personas* geschehen, so geht das dadurch begründete Forderungsrecht auf die Erben über“ (Pandekten, II, §. 367, Note 19).

Bei dieser Sachlage war eine Revision der ganzen obigen Lehre nothwendig und es ist ein Verdienst des Verf.'s, das, was bisher hie und da nebensächlich ausgesprochen und mit irrigen Ansichten vermischt war, präcis ausgeführt, aus demselben das Unrichtige beseitigt und den eigentlichen legislatorischen Gedanken, der den bezüglichen Bestimmungen zu Grunde liegt, klargelegt zu haben. Nur hätte er sich kürzer fassen sollen. Die Arbeit hätte dadurch gewonnen und wäre minder schwerfällig ausgefallen. Auch war z. B. die ganze Ausführung über die active Unvererblichkeit des Widerrufsrechtes bei der *donatio mortis causa* (S. 76 fg.) überflüssig, da sie sich von selbst versteht (vgl. S. 180).

Mit §. 10 übergeht der Verfasser zum preussischen allgemeinen Landrecht, welches die Schenkung zwar nur als Schenkungsversprechen definirt (§. 1037, I, 11), trotzdem aber „jede durch Verminderung des eigenen Vermögens absichtlich, freiwillig und unentgeltlich erfolgende Bereicherung eines Anderen als Schenkung“ auffasst (S. 84). Im §. 11 stellt er nun die Frage auf, ob die im römischen Rechte vorkommende Unterscheidung zwischen der erklärten Willensänderung und dem erst aus demselben erwachsenden Anspruche auf Rückgewährung der Schenkung auch dem preussischen Rechte zu Grunde liege und ob einer derartigen Annahme der Umstand, dass nach letzterem Recht und Klage nicht, wie im römischen Rechte, von einander geschieden werden können, entgegenstehe? Nach Ansicht des Verfassers ist die obige Frage auch für das allgemeine Landrecht zu bejahen, denn, da nach letzterem „die Widerrufsklage in mehreren, und zwar den wichtigsten Fällen den Erben des Schenkers gegeben wird, wenn der Erblasser sein Recht schon in gewisser Art ausgeübt, nämlich den Widerruf selbst erklärt hat (§§. 1112, 1139, 1150, 1158)“, so käme man, falls man „dieses der Widerrufsklage zu Grunde liegende Widerrufsrecht als ein ungetheiltes, in sich einheitliches Recht auffassen wollte, zu der Anomalie eines Rechtsanspruches, welcher zwar unvererblich ist, aber schon dadurch vererblich wird, dass der Berechtigte seinen Willen zur

Geltendmachung in gewisser Form äussert. Es wäre dies eine umso grössere Anomalie, als die römische rechtliche Wirkung der *litis contestatio*, durch welche an sich unvererbliche Klagen, respective Rechte des Ueberganges auf und gegen Erben fähig wurden, nach preussischem Rechte grundsätzlich nicht für irgend einen Act des Processganges adoptirt ist, regelmässig also selbst nicht einmal durch Processbeginn, geschweige durch sonstige Aeusserung des Willens zur Geltendmachung eine Vererbung eines an sich unvererblichen Anspruches bewerkstelligt wird" (S. 93). Diese Anomalie kann nun nach Ansicht des Verfassers nur dann behoben werden, wenn man das eigentliche „Widerrufsrecht", d. i. das Recht auf Aufhebung der Schenkung von der Befugniss zur Widerrufserklärung, d. i. „der Befugniss, auf Grund nochmaliger Ueberlegung den Willen zu ändern und dies zu erklären" (S. 99), scheidet, da diese letztere trotz der Vererblichkeit der Widerrufsklage immerhin unvererblich sein kann. Diese Klage hängt nämlich nicht unmittelbar mit jener Befugniss, sondern erst mit dem „aus ihr entsprungenen Forderungsrechte zusammen und sie ist daher die vererbliche Klage eines vererblichen Rechtes, nicht die ausnahmsweise durch einen gewissen Willensact des Berechtigten vererblich werdende Klage eines unvererblichen Rechtes (Förster) oder die ausnahmsweise unvererbliche Klage eines an sich vererblichen Rechtes (Obertribunal)" (S. 104).

Für die vom Verfasser hervorgehobene Unterscheidung spricht allerdings der Wortlaut der einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen (§§. 1112, 1139, 1150, 1157 bis 1159, I, 11, A. L. R.), nur ist es unrichtig, in der oberwähnten Befugniss zur Aeusserung etwaiger Willensänderung blos die Möglichkeit eines Rechtserwerbes, aber kein Recht zu erblicken und daraus die Unmöglichkeit deren Vererblichkeit abzuleiten (S. 106, 107, vgl. S. 163), denn auch jene Befugniss ist schon ein Recht, und zwar ein sehr wichtiges subjectives Recht des Schenkers, dessen Entstehung und Erwerb in vielen Fällen unter gewissen Voraussetzungen, z. B. wegen Undankes seitens des Beschenkten, erfolgt und das daher ausnahmsweise dort, wo es dem Schenkenden absolut unmöglich gewesen wäre, es auszuüben, auf dessen Erben übergehen kann. So sagt §. 1157: „Ein Undank, welchen der Geber selbst nicht gerügt hat, gibt seinen Erben ein Recht zum Widerspruche nur alsdann, wenn der Schenkende durch den Andern sein Leben oder den Gebrauch seiner Verstandeskräfte verloren hat." In der Regel muss aber der Schenkende selbst von jener Befugniss Gebrauch machen, da er nur unter dieser Bedingung die Geltendmachung der daraus fliessenden weiteren Ansprüche gegen den Beschenkten vererben kann. Auch ist es für die Ausführungen des Verfassers durchaus nicht nöthig, der besprochenen Befugniss des Schenkers den Charakter eines Rechtes abzusprechen, denn es genügt, diese Befugniss von den aus ihr entspringenden anderweitigen Ansprüchen scharf zu unterscheiden, um das, was der Verfasser anstrebt, zu erreichen und es gegen die von ihm gerügten

Argumente des Obertribunals zu verwerthen. Ueberflüssig war auch die gekünstelte Ausführung des Verfassers behufs Rechtfertigung der Bestimmungen des §. 1157 (S. 160), da durch Annahme einer aus nahen Gründen nothwendigen Ausnahme diese ganze Erscheinung auf eine natürliche und viel einfachere Weise erklärt werden kann.

Die oben erwähnte Entscheidung des Obertribunals betrifft den §. 1090 des A. L. R., welcher lautet: „Ist aber eine aussergerichtlich geschlossene Schenkung schon durch die Uebergabe vollzogen worden, so findet dennoch der Widerruf innerhalb sechs Monaten nach der Uebergabe statt.“ Das Obertribunal fasst nun dieses Widerrufsrecht als ein vererbliches auf und sucht in den §§. 1112, 1150 u. s. w. keine Ausnahme von der Regel der Unvererblichkeit, sondern eine Einschränkung der an sich gemäss den §§. 350, 360, 362 (I, 9, A. L. R.) selbstverständlichen Vererblichkeit des Widerrufsrechtes. Für die Vererblichkeit des im §. 1090 statuirten Widerrufsrechtes hat sich auch das Reichsgericht (Gruchot, Bd. XXVI, S. 971; Entsch. Bd. XII, S. 289) ausgesprochen. Die gegen die bezüglichen Entscheidungsgründe vom Verfasser vorgebrachten Argumente (S. 126 fg.) sind sehr interessant, fussen auf rechtsgeschichtlichem und systematischem Boden und gelangen zu dem Resultate, „dass auch das aus §. 1090 zustehende Widerrufsrecht an die Willkür des Schenkers gebunden ist“ und dass erst nach erklärter Willensänderung desselben das aus dieser Erklärung erwachsene „Rückforderungsrecht auf die schenkweise übergebenen Sachen gleich jedem Vermögensrecht auf die Erben übergeht“ (S. 143). Freilich entspricht diese Auffassung nicht dem Wortlaute des §. 1090, scheint aber jedenfalls im Wesen der Sache begründet zu sein.

Auch beim Widerrufe wegen Nachgeborener gelangt das vom Verfasser vertheidigte Princip zur Anwendung, insbesondere wird von ihm §. 1142 zu diesem Zwecke verwerthet (S. 144).

Was die Form des Widerrufes anbelangt, so glaubt Verfasser als Princip des allg. L. R. die Formlosigkeit anzunehmen. Die Bestimmungen, welche eine gerichtliche Erklärung verlangen, betrachtet er als Ausnahmen (S. 146 fg.).

„In passiver Beziehung hat sich das allg. L. R. von der Anschauung des justinianischen Rechtes losgesagt und den Vertheidigern der passiven Vererblichkeit angeschlossen“ (S. 144), dagegen fasst es die Widerrufsklage, in voller Uebereinstimmung mit dem römischen Rechte, als eine rein persönliche Klage auf. Verfasser bezeichnet sie als „eine Forderungsklage zur Geltendmachung eines kraft Gesetzes aus der Widerrufserklärung entstehenden persönlichen Anspruches“ (S. 169).

Weiters bespricht der Verfasser die Alimentationspflicht des Beschenkten für den Fall der Verarmung des Schenkers unter Angabe der Gründe, welche die Einreihung dieses Falles unter die Widerrufsgründe veranlasst haben und übergeht dann im §. 12 zum Widerruf der Schenkungen von Todeswegen, welche bekanntlich im allg. L. R.

nicht, wie im römischen Recht, als eine besondere Art von Schenkungen aufgefasst erscheinen, weshalb hier auch die Grundsätze vom Widerrufe, wie bei gewöhnlichen Schenkungen *inter vivos*, Platz greifen, unter Berücksichtigung der besonderen, in den §§. 1135 bis 1138 festgesetzten Bestimmungen, die vom Verfasser näher erläutert werden.

Nachdem er hierauf im §. 13 die sogenannten Widerrufsbefugnisse Dritter, insbesondere der Pflichttheilsberechtigten, welche als Anfechtungsbefugnisse auf einer ganz anderen rechtlichen Grundlage stehen, ferner im §. 14 den Widerruf bei den mit einer Auflage *(modus)* verbundenen, sowie bei den belohnenden und gegenseitigen Schenkungen ausführlich besprochen und das Verhältniss der bezüglichen gesetzlichen Bestimmungen zu dem von ihm klargelegten Princip auseinandergesetzt hat, schliesst er im §. 15 seine Arbeit mit einigen Bemerkungen über das preussische Recht und die künftige Gesetzgebung.

Die Bedeutung seiner Ausführungen für das preussische Recht erblickt er darin, „dass durch Zerlegung des bisher einheitlich behandelten Widerrufsrechtes in seine beiden einander subordinirten Bestandtheile“ die sonst als „anomale Erscheinungen in einzelnen Widerrufsfällen auftretenden positiven Satzungen als natürliche Consequenzen“ eines einfachen Principes erscheinen, „und dass hierdurch eine principielle gesetzgeberische Grundlage gewonnen ist, von welcher aus alle sonstigen Zweifel und Streitfragen, sei es auf dem Wege der Gesetzesanalogie, sei es auf Grund einfacher logischer Schlussfolgerung ihre sichere Lösung erhalten“ (S. 217).

Was die künftige Gesetzgebung anbelangt, so glaubt Verfasser „in thunlichster Anknüpfung an das Bestehende vor Allem eine Erschwerung der Form, und zwar unbedingt für alle Schenkungsversprechen und im Uebrigen für grössere Schenkungen“ anzuempfehlen; dabei sollte die Beurtheilung der Frage nach dem Vorhandensein einer solchen grösseren Schenkung „im Interesse möglichster Einfachheit und zur Vermeidung umständlicher . . . . Berechnungen“ von einer „absoluten Grenze der Festsetzung eines nach dem jeweiligen Vermögenszustande des Schenkers bemessenen relativen Betrages“ abhängig sein (S. 218). Ob aber eine derartige Bestimmung zur Vereinfachung der Streitigkeiten und Vermeidung umständlicher Berechnungen beitragen würde, glauben wir bezweifeln zu müssen, weshalb uns gerade im Interesse jener Einfachheit die Feststellung eines absoluten Betrages, von welchem angefangen die Formerschwerung stattzufinden hätte, viel geeigneter erscheinen würde.

Weiter glaubt Verfasser auch für die künftige Gesetzgebung die Aufrechthaltung des Schenkungswiderrufes wegen Undankbarkeit des Beschenkten anzurathen, wobei die Widerrufsbefugniss lediglich dem Willen des Schenkers anheimgegeben und deshalb von der Vererbung ausgeschlossen werden müsste, wogegen das aus der bezüglichen Erklärung erwachsende Rückforderungsrecht vererblich sein sollte. In

passiver Beziehung brauchte die Beschränkung der Vererblichkeit der Widerrufsbefugniss insbesondere dann nicht stattzufinden, „wenn die Widerrufserklärung an eine kurze Frist gebunden und das Rückforderungsrecht auf die zur Zeit des Widerrufes vorhandene Bereicherung beschränkt wäre“ (S. 219).

Für den Fall der Verarmung des Schenkers würde „durch Aufstellung einer von der Bedürftigkeit des Schenkers und der Leistungsfähigkeit des Beschenkten abhängenden, ebenfalls durch das Maass der noch vorhandenen Bereicherung begrenzten Alimentationsverbindlichkeit Rechnung getragen werden“; nur müsste dieselbe „vor der auf Familienverbindung beruhenden Alimentationspflicht eintreten und naturgemäss an die Person des Schenkers und auch wohl an die des Beschenkten geknüpft sein“ (S. 219).

„Dem Bedürfniss, welches die Schenkung auf den Todesfall zu erfüllen bisher bestimmt gewesen ist, dürfte dadurch Genüge geschehen können, dass dem Schenker allgemein die Möglichkeit, sich bis zu seinem Tode den willkürlichen Widerruf vorzubehalten, eröffnet wird“ (S. 220).

Für andere Widerrufsmöglichkeiten, z. B. wegen Nachgeborener, liegt ein praktischer Grund nicht vor, ebensowenig für eine besondere Behandlung der mit einer Auflage verbundenen, der wechselseitigen und der belohnenden Schenkungen.

Krakau, im September 1886. **Dr. Zoll.**

Druck von Gottlieb Gistel & Comp., Wien, Stadt, Augustinerstrasse 12.